

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis XVIII

Entscheidungsverzeichnis XLV

Abkürzungsverzeichnis L

EINLEITUNG 1

1. TEIL: AFRIKANISCHES GEWOHNHEITSRECHT 6

A. Begriff und Natur des afrikanischen Gewohnheitsrechts 6

- I. Der Begriff des afrikanischen Gewohnheitsrechts 6
- II. Natur und Charakter des afrikanischen Gewohnheitsrechts 10
 - 1. Entstehung des afrikanischen Gewohnheitsrechts 10
 - 2. Gewohnheitsrecht als ungeschriebenes Recht 15
 - 3. Die Flexibilität des Gewohnheitsrechts 16
 - 4. Die Entwicklungsfähigkeit des Gewohnheitsrechts 18
 - 5. Gewohnheitsrecht als Teil der Lebenswirklichkeit 19
 - 6. Die Gemeinschaftsbezogenheit des afrikanischen Gewohnheitsrechts 20

III. Afrikanisches Gewohnheitsrecht und sozialer Wandel 22

- 1. Sozialer Wandel im Kontext des afrikanischen Gewohnheitsrechts 22
- 2. Die gegenwärtige Rolle und Bedeutung des Gewohnheitsrechts 24
- 3. Afrikanisches Gewohnheitsrecht zwischen Modernisierung und Bewahrung 27

B. Historischer Überblick zur staatlichen Anerkennung des afrikanischen Gewohnheitsrechts in Südafrika	29
I. Die Entwicklung vor Entstehung der Südafrikanischen Union.....	30
1. Kapkolonie.....	30
2. Natal	32
3. Transvaal und Oranje Freistaat	32
II. Der Black Administration Act	33
III. Gewohnheitsrecht und <i>indirect rule</i>	35
IV. Gewohnheitsrecht und Apartheid	38
V. Entwicklung seit 1986.....	40
C. Gerichtsbarkeit über afrikanisches Gewohnheitsrecht	41
I. Staatliche Gerichte	41
II. Traditionelle Gerichte	43
III. Gerichte in den TBVC-Staaten und den selbstverwalteten Gebieten	45
IV. Inoffizielle Gerichte.....	46
D. Die Anwendbarkeit des afrikanischen Gewohnheitsrechts	48
I. Der Law of Evidence Amendment Act.....	49
II. Rechtswahl	51
1. Gesetzliche Regelungen	51
2. Rechtsprechung.....	53
3. Intertribaler Rechtskonflikt.....	56
4. Rechtswahl in der Praxis	56
III. Die repugnancy clause	57

E. Die Ermittlung des afrikanischen Gewohnheitsrechts.....61

I. Rechtsanthropologische Methoden zur Ermittlung des Gewohnheitsrechts.....	62
II. Die Feststellung des Gewohnheitsrechts vor staatlichen Gerichten...65	
1. Die eigenständige Ermittlung des Gewohnheitsrechts	
durch die Gerichte	66
a) Gewohnheitsrecht als Tatsache.....	66
b) Gewohnheitsrecht als Brauch.....	66
c) Assessoren	68
2. Schriftliche Quellen des Gewohnheitsrechts	68
a) Rechtsanthropologische Literatur	68
b) Regierungsreports	70
c) Kodifikation.....	70
d) Präzedenzfälle.....	71
e) Textbücher.....	73
3. Der Law of Evidence Amendment Act	74

F. Die Dichotomie zwischen offiziellem und lebendem**Gewohnheitsrecht**76

I. Afrikanisches Gewohnheitsrecht und westliche Rechtsbegriffe	77
II. Fehlendes Verständnis durch Gerichte und Verwaltung	79
III. Der Nachweis von Gewohnheitsrecht durch Zeugen.....	80
IV. Gewohnheitsrecht und <i>stare decisis</i>	81
V. Die Kodifikation von Gewohnheitsrecht.....	82
VI. Afrikanisches Gewohnheitsrecht als „invented tradition“	83
VII. Ergebnis	85

G. Rechtspluralismus und staatliche Reformen des afrikanischen**Gewohnheitsrechts.....86**

I. Die Theorie des Rechtspluralismus	87
1. Definition des Rechtspluralismus.....	87
2. Rechtspluralismus und staatliche Rechtsreformen.....	88
3. Rechtspluralismus und afrikanisches Gewohnheitsrecht.....	89
II. Rechtsreformen in Afrika	92
III. Voraussetzungen für die Reform des Gewohnheitsrechts.....	94

2. TEIL: DER SCHUTZ DES AFRIKANISCHEN GEWOHNHEITSRECHTS DURCH DIE SÜDAFRIKANISCHE VERFASSUNG	96
A. Afrikanisches Gewohnheitsrecht im Entstehungsprozess der Verfassung	96
I. Die Entstehung der Übergangsverfassung	96
II. Afrikanisches Gewohnheitsrecht in der Übergangsverfassung.....	98
III. Afrikanisches Gewohnheitsrecht in den Verfassungsprinzipien	101
IV. Afrikanisches Gewohnheitsrecht in der Verfassungsgebenden Versammlung	102
V. Der Zertifikationsprozess	105
B. Die verfassungsrechtliche Anerkennung des afrikanischen Gewohnheitsrechts.....	108
I. Die Anerkennung des afrikanischen Gewohnheitsrechts durch sec. 211 (3)	108
1. Allgemeiner Inhalt von sec. 211 (3)	108
2. Die Anwendbarkeit des Gewohnheitsrechts	109
3. Gewohnheitsrecht und Gesetzgebung	110
a) Verhältnis zwischen Gesetzgebung und Gewohnheitsrecht....	110
b) Gesetzgebungskompetenzen.....	112
4. Gewohnheitsrecht und Verfassung.....	113
5. Umfang des Schutzes des Gewohnheitsrechts durch sec. 211 (3)	113
II. Die Anerkennung des afrikanischen Gewohnheitsrechts durch das Recht auf Kultur	115
1. Der Begriff der Kultur	115
2. Afrikanisches Gewohnheitsrecht als Teil der afrikanischen Kultur.....	118
3. Der dynamische Kulturbegriff	118

4. Die Schutzwürdigkeit der afrikanischen Kultur und des afrikanischen Gewohnheitsrechts.....	120
a) Schutzwürdige Elemente einer Kultur	120
b) Die Bedrohung der afrikanischen Kultur und des Gewohnheitsrechts	121
c) Kultur und die Entwicklung von Gesellschaft und Recht	123
d) Die Manipulation von Kulturen.....	125
5. Das Recht auf Kultur als individuelles Recht und als Gruppenrecht	127
III. Das Verhältnis zwischen dem Recht auf Kultur und sec. 211 (3) ...	131
IV. Die Anerkennung des afrikanischen Gewohnheitsrechts durch andere Verfassungsbestimmungen	132
1. Das Recht auf Selbstbestimmung.....	132
2. Weitere Rechte.....	132
V. Die Anerkennung des lebenden Gewohnheitsrechts durch die Verfassung.....	133
C. Die Auswirkung der verfassungsrechtlichen Anerkennung des afrikanischen Gewohnheitsrechts auf seine Stellung in der südafrikanischen Rechtsordnung.....	135
I. Staatliche Pflichten aus der verfassungsrechtlichen Anerkennung des Gewohnheitsrechts	135
1. Allgemeine staatliche Pflichten aus dem Recht auf Kultur	135
2. Staatliche Pflichten aus der Anerkennung des afrikanischen Gewohnheitsrechts.....	138
3. Staatliche Pflichten aus sec. 211: Die Anwendung des Gewohnheitsrechts durch die Gerichte	140
4. Die Bindung Privater durch den verfassungsrechtlichen Schutz des Gewohnheitsrechts	143
II. Die Anerkennung des Rechtsdualismus durch die Verfassung.....	144
1. Rechtsdualismus oder Vereinheitlichung des Rechtssystems?	144
2. Rechtspluralismus und Gleichheit vor dem Gesetz.....	147
a) Ungleichbehandlung durch die Geltung verschiedener Rechtssysteme.....	147
b) Ungleichbehandlung innerhalb und zwischen den Rechtssystemen.....	150

III. Die gegenwärtige Rechtstellung des Gewohnheitsrechts im Lichte der verfassungsrechtlichen Vorgaben	153
1. Die Anerkennung des Gewohnheitsrechts in verschiedenen Rechtsgebieten	153
2. Die Anwendbarkeit des Gewohnheitsrechts	155
a) Die gesetzlichen Rechtswahlregeln.....	156
b) Gesetzliche Reform der Rechtswahlregeln	159
c) Die repugnancy-clause	161
3. Die Ermittlung des Gewohnheitsrechts	162
a) Verfassungsrechtliche Vorgaben	162
b) Vorschläge zur Änderung der gerichtlichen Praxis	164
c) Umfassende schriftliche Darstellung des Gewohnheitsrechts .	166

3. TEIL: DER EINFLUSS DER GRUNDRECHTE AUF DAS GEWOHNHEITSRECHT171

A. Einführung: Das Verhältnis zwischen afrikanischem Gewohnheitsrecht und Menschenrechten	172
I. Konflikte zwischen afrikanischem Gewohnheitsrecht und Menschenrechten	172
1. Methodische Einführung	172
2. Gewohnheitsrechtliche Normen im Konflikt mit Menschenrechten.....	173
II. Das Verhältnis der Menschenrechte zu Recht und Kultur in Afrika	177
1. Universalität der Menschenrechte und Kulturrelativismus.....	178
a) Begründungen für die Universalität der Menschenrechte	179
b) Die Theorie des Kulturrelativismus	180
c) Einwände gegen den Kulturrelativismus.....	183
2. Die Verankerung der Menschenrechte in der traditionellen afrikanischen Kultur	184
a) Individuelle Menschenrechte.....	185
b) Die praktische Gewährleistung von Menschenrechten	188
c) Der Schutz von Frauen und Kindern.....	190

d) Der Schutz der Menschenwürde	193
e) Individuelle Menschenrechte und traditionelle afrikanische Kultur	196
3. Die Menschenrechte in der modernen afrikanischen Gesellschaft.....	197
a) Sozialer Wandel und die Rolle der Menschenrechte in Afrika	197
b) Die Wandlungsfähigkeit der afrikanischen Kultur	201
c) Der Konflikt zwischen Menschenrechten und Gewohnheitsrecht als intrakultureller Konflikt.....	203
III. Die Durchsetzbarkeit moderner Menschenrechte durch staatliche Reformen des Gewohnheitsrechts	205
B. Der Konflikt zwischen afrikanischem Gewohnheitsrecht und Grundrechten in der südafrikanischen Verfassung.....	209
I. Das allgemeine Verhältnis zwischen Gewohnheitsrecht und Grundrechten	210
1. Das Gewohnheitsrecht als von den Grundrechten unabhängige Rechtsordnung	210
a) Die Auslegung der Verfassung	211
b) Section 211 (2)	214
c) Die Legitimität der Verfassung.....	214
d) Ergebnis	216
2. Die Geltung der Verfassung über die repugnancy clause	217
3. Absoluter Vorrang der Grundrechte gegenüber dem Gewohnheitsrecht.....	218
II. Die Feststellung der Verfassungswidrigkeit von Normen des Gewohnheitsrechts	222
1. Die Anwendung des lebenden Gewohnheitsrechts	222
a) Die Verfälschung des Gewohnheitsrechts bei seiner Aufzeichnung	223
b) Die Anpassung des lebenden Gewohnheitsrechts an veränderte Umstände.....	225
c) Grenzen der Anwendung des lebenden Rechts.....	227

2. Die Anwendbarkeit der Grundrechte auf das Gewohnheitsrecht.....	228
a) Die Drittirkung in sec. 8	228
b) Die Bindungswirkung der Grundrechte für Private gemäß sec. 8 (2)	231
c) Die Drittirkung der Grundrechte im Gewohnheitsrecht	234
d) Direkte und indirekte Wirkung der Grundrechte	236
e) Ergebnis.....	238
3. Die Auslegung der Grundrechte.....	239
a) Die Methoden zur Auslegung der Grundrechte	240
b) Die kulturspezifische Auslegung	241
c) Die Auslegung des Gleichheitsrechts.....	243
4. Die Berücksichtigung des Völkerrechts und des ausländischen Verfassungsrechts bei der Auslegung der Grundrechte.....	245
a) Menschenrechte und Gewohnheitsrecht im Völkerrecht.....	245
aa) Der Schutz kultureller Rechte	245
bb) Der Schutz allgemeiner Menschenrechte	248
cc) Das Verhältnis der kulturellen Rechte zu anderen Menschenrechten	249
b) Menschenrechte und Gewohnheitsrecht im ausländischen Verfassungsrecht.....	250
5. Die Grundrechtsschranke.....	254
a) Law of general application	254
b) Der Inhalt von sec. 36	255
c) Der Abwägungsprozess im Rahmen der Grundrechtsschranke	256
d) Das Gewohnheitsrecht als institutionelle Garantie	260
6. Exkurs: Der Konflikt zwischen Gewohnheitsrecht und Grundrechten im Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act	261
III. Die verfassungsrechtlichen Instrumente bei grundrechtswidrigen Normen des Gewohnheitsrechts	263
1. Direkte und indirekte Anwendung der Grundrechte auf das Gewohnheitsrecht.....	263
a) Gesetzesrecht	264
b) Richterrecht	264
c) Ergebnis.....	266

2. Die Auslegung des Gewohnheitsrechts	266
3. Die Anwendung des staatlichen Rechts.....	267
a) Verzicht auf die Anwendung des Gewohnheitsrechts (Opting out)	267
b) Schaffung neuer Rechtswahlregeln durch die Gerichte	270
4. Die (Weiter-)Entwicklung des Gewohnheitsrechts	271
a) Die verfassungsrechtliche Verankerung der Entwicklung des Gewohnheitsrechts	272
b) Die aktive und passive Entwicklung von Normen des Gewohnheitsrechts	273
c) Potenzial und Grenzen der Entwicklung des Gewohnheitsrechts	277
d) Der Vorrang der Entwicklung des Gewohnheitsrechts gegenüber der Anwendung des staatlichen Rechts	279
e) Die Entwicklung des Gewohnheitsrechts in der Praxis der Gerichte	281
IV. Die Kompetenzen der verschiedenen Gerichte im Hinblick auf verfassungswidrige Normen des Gewohnheitsrechts.....	283
1. Die oberen Gerichte.....	283
2. Die Magistrates' Courts.....	284
3. Die traditionellen Gerichte.....	286
V. Die Rolle der verschiedenen Institutionen bei der Reform des Gewohnheitsrechts im Einklang mit den Grundrechten.....	288
1. Die Rolle der Gesetzgebung	288
2. Die Rolle der Rechtsprechung	290
3. Der Grundsatz der Gewaltenteilung	293
4. Die Rolle anderer Institutionen bei der Rechtsreform.....	296
VI. Ergebnis	297

C. Der Konflikt zwischen afrikanischem Gewohnheitsrecht und Grundrechten anhand einzelner Fallbeispiele	300
I. Geschäftsfähigkeit und Prozessfähigkeit von Frauen.....	300
1. Das offizielle Recht.....	300
2. Das traditionelle Recht	302
3. Das lebende Recht.....	303
4. Vereinbarkeit mit der Verfassung	305
5. Die Position der Rechtsprechung	306
6. Die Verfassungsmäßigkeit der Vorschriften des Recognition of Customary Marriages Act.....	307
II. Lobolo	308
1. Verletzung der Menschenwürde	310
2. Diskriminierung bei der Verhandlung des lobolo	311
3. Diskriminierung in der Ehe.....	311
a) Diskriminierung bei der Scheidung	312
b) Niedrigere Stellung der Frau in der Ehe.....	312
c) Die Grundrechtsschranke	313
4. Lobolo und das Recht auf Kultur	316
III. Polygynie	317
1. Die rechtliche Stellung der polygynen Ehe in Südafrika.....	317
2. Die Verfassungsmäßigkeit der Polygynie.....	320
a) Die Feststellung eines Eingriffs in das Gleichheitsrecht in sec. 9.....	320
b) Die Grundrechtsschranke	323
c) Ergebnis.....	324
3. Die Regelung im Recognition of Customary Marriages Act	325
IV. Unterhalt nicht-ehelicher Kinder	326
1. Traditionelles Recht	327
2. Die Änderung der wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen... <td>328</td>	328
3. Grundrechtseingriff und Entwicklung des Gewohnheitsrechts	328
V. Erbrecht	331
1. Das Prinzip der männlichen Primogenitur.....	331
2. Das Erbrecht im offiziellen Gewohnheitsrecht	332
3. Eingriff in den Schutzbereich des Gleichheitsrechts	333
4. Die kulturspezifische Auslegung des offiziellen Gewohnheitsrechts – Mthembu v Letsela	334

5. Die Verfälschung des Gewohnheitsrechts im offiziellen Recht...337
a) Fehlverständnis der traditionellen Konzepte des gewohnheitsrechtlichen Erbrechts337
b) Studien zum lebenden Recht339
c) Die Anwendung des lebenden Rechts als Lösung des Konflikts mit den Grundrechten341
6. Die Verfassungsmäßigkeit des Prinzips der männlichen Primogenitur342
7. Die Reform des Gewohnheitsrechts im Einklang mit den Grundrechten343
a) Die Anwendung des staatlichen Rechts343
b) Die Entwicklung des Gewohnheitsrechts.....344
aa) Vorgaben für die Entwicklung des Rechts durch die Grundrechtsschranke.....345
bb) Grundsätze für eine entwickelte Form des Gewohnheitsrechts346
cc) Die Einführung des Testaments347
8. Das Bhe-Urteil des Verfassungsgerichts348
a) Die Ausgangsentscheidungen der High Courts349
b) Das Urteil des Verfassungsgerichts350
RESÜMEE353

Gesetzesanhang363
I. Constitution of the Republic of South Africa Act (Auszüge)....363
II. Black Administration Act (BAA, Auszüge).....375
III. Recognition of Customary Marriages Act (Auszüge) ..378